III.

Ueber den Suspensiveffect der Appellation des Beklagten bei dem Remedium ex lege ultima Codicis de edicto D. Hadriani tollendo.

Von Herrn **F. Purgold**,
Justizrath in Darmstadt.

Nur allzuleicht wird die Versagung dieses Suspensiveffectes mit der Erwägung zusammentreffen, es handle sich ja nur um ein Provisorium, und wenn dieses ein Recht verletze, so bleibe ja durch das Petitorium die Möglichkeit, dem materiellen Rechte wieder zu genügen; in der praktischen Anwendung führt eine solche Besitzeinweisung jedoch leicht zu einer solchen Härte, daß sich ein tieferes Eingehen in die Sache um so mehr rechtfertigt, als ein Richter zur sofortigen Vollstreckung seines Einweisungsurtheils veranlaßt werden könnte, wenn er sieht, daß Männer von der Bedeutung von Wening-Ingenheim (Lehrbuch §. 518) und von Bayer im summarischen Processe §. 70 am Schluß, anführen, die Appellation bei diesem Remedium habe keinen Suspensiveffect. Bayer fügt freilich in der Note 8, unter Bezug auf Klaproth, summarische Processe §. 199 bei, daß in der Praxis diese Beschränkung häufig nicht beobachtet werde.

Wollen wir prüfen, ob die Praxis nicht etwa auf Grund der Gesetze Recht habe, so haben wir zu diesem Behufe zu untersuchen, ob allgemeine rechtliche Grundsätze, sodann ob positive Bestimmungen über unser specielles Remedium ein solches Provisorium rechtfertigen, und endlich ob es auf unsern deutschen Proceßgang anwendbar ist.

Betrachten wir die Sache zuerst vom allgemeinen rechtlichen Gesichtspunkte, so finden wir allerdings richterliche Provisorien, welche ihren durch die rechtliche Natur der Sache gebotenen Zweck nicht erreichen könnten, wenn wir den gegen

ihre Anordnung an den Oberrichter ergriffenen Berufungen Suspensiveffect gestatten wollten. Hierher gehören die Erkenntnisse auf Leistung einer provisorischen Alimentation an die mit Genehmigung des Richters während des Ehescheidungsprocesses aus der Wohnung des Ehemanns gezogene Ehefrau, ferner die Verfügung einer Beschlagnahme [1]) ꝛc. Allein gerade nur die Vereitelung des Zwecks des Provisoriums ohne sofortige Vollziehung desselben kann aus allgemeinen rechtlichen Grundsätzen dem gegen dessen Anordnung an den Oberrichter ergriffenen Recurs den Suspensiveffect nehmen.

Ein solcher Grund tritt aber bei dem remed. ex lege ult. cit. nicht ein. Wenn wir den hier allein in Frage zu stellenden §. 1 des Gesetzes, nämlich den Fall: sin autem aliquis contradictor [2]) extiterit, ins Auge fassen, so haben wir in dem durch die c. ult. cit. geschaffenen Rechtsmittel einfach ein remed. adipiscendae possessionis gegen den ruhig besitzenden Beklagten. Der Kläger, welcher seither die Erbschaft nicht besessen, mag, wenn er, um sie zu erlangen, sich dieses Remediums bedient, warten, bis in letzter Instanz (wenn wir auf die Hierarchie in der Gerichtsverfassung irgend Werth legen wollen) ihm das Recht auf den Besitz zugesprochen ist. „Denn", sagt Thibaut [3]), „wenn Jemand Etwas bisher nicht im Besitze gehabt hatte, und zuerst den Besitz erlangen will, so kann schon gewartet und dem ruhigen Proceßgange Alles überlassen werden, weil kein angewohnter Zustand in Frage kommt und auch Person und Ehre auf keiner Seite angegriffen sind. Allein eine Störung im Besitze und ein Herauswerfen aus demselben greift den Bürger auf der empfindlichsten Seite an." Durch das Ergreifen der Berufung bleibt lis pendens, und während der Rechtshängigkeit kann der Richter Niemanden seines Besitzes entsetzen.

---

1) Von diesem Gesichtspunkte geht auch die neuere Praxis aus, Seuffert, Archiv Bd. 2, S. 290, Nr. 215.

2) Nach der Glosse: qui etiam sibi dicit heredem.

3) In diesem Archiv Bd. 10, S. 462, 463.

Wenn daher allgemeine rechtliche Grundsätze hier den Suspensiveffect der Berufung nicht verbieten, so kommen wir zu der weiteren Frage: ob denn nicht die rechtliche Natur des concreten Rechtsmittels, oder specielle für dasselbe gegebene positive Gesetze die Versagung des Suspensiveffects rechtfertigen? Auch diese Frage haben wir in ihren beiden Richtungen zu verneinen.

Wir haben dies zunächst vom Gesichtspunkte des römischen Rechts aus zu betrachten.

Für ein befreites Verfahren kann das remedium cit., insoweit es nicht in sich selbst besondere Bestimmungen enthält, denn doch höchstens die Bevorzugung des Interdicts, dem inneren Zusammenhange, der rechtlichen Natur nach insbesondere des int. quorum bonorum ansprechen.[4]) Wenn nun die Interdicte auch mit dem Aufhören der judicia ordinaria nicht alle Begünstigungen verloren, so verschwand doch das Verfahren bei denselben [5]), und gerade dieses ist es, welches uns bei unserer Frage interessirt, weil mit dem Verschwinden des ursprünglichen Verfahrens zugleich das beneficium celeritatis mitverschwand, wegen dessen es eingeführt wurde.[6]) Insbesondere nahm Justinian die bei dem int. quorum bonorum die licentia provocandi cassirende c. 22 C. Th. 11, 36 in seine Compilation nicht auf, so daß bei diesem Interdict das neuere Recht die Unzulässigkeit der Appellation, geschweige ihres Suspensiveffects nicht kennt.[7])

Ebensowenig wie die Natur der Rechtsmittel, zu welchen das hier zu erörternde gehört, ebensowenig rechtfertigt die Disposition der c. ult. cit. selbst und die zu ihrer Ergänzung angeführten Gesetzesstellen die Versagung des Suspensiveffects.

Die c. ult. cit. will Denjenigen, welcher ein prima figura tadelloses Testament für sich hat und dem zuständigen Richter

---

4) Glück, Commentar, Th. 7, S. 492.

5) v. Löhr in diesem Archiv, Bd. 12, S. 98.

6) c. 22 C. Th. 11, 36.

7) v. Savigny, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. 6. S. 242, 243.

vorlegt, alsdann in den Besitz des Nachlasses Dessen, welcher zu seinen Gunsten disponirt hat, eingewiesen sehen, wenn der diesem widersprechende Besitzer des Nachlasses nicht potiora ex legitimis modis jura ostenderit.

Müssen wir, um der lex, die nun einmal lex condita ist, Rechnung zu tragen, auf der einen Seite zugeben, daß hier, unter Aufhebung des Edicti D. Hadriani, Justinian ein neues Rechtsmittel mit der Begünstigung für den Imploranten begründet hat, daß seiner Erbbesitzeinsetzung nur äußerlich sofort sichtbare, dagegen keine etwaige materielle Fehler des Testaments entgegengesetzt werden können; und müssen wir auf der andern Seite ein so exorbitantes Gesetz nur mit den geringsten und mit Nothwendigkeit aus den Decisivworten dieses Gesetzes hervorgehenden Abweichungen von allgemein rechtlichen Grundsätzen zur Anwendung bringen, so kommen wir zu dem Resultat, daß das in diesem Rechtsmittel liegende Privileg nur in der Beschränkung des Klaggrunds auf die äußere gültige Form des Testaments liegt, dagegen im Uebrigen die indirecte Rechtsvertheidigung nicht eingeengt und am Wenigsten ein besonderes, selbst vom Interdictenverfahren abweichendes, Verfahren vorgeschrieben ist.

Gewiß genügende Begünstigung liegt in unserem remedium dadurch, daß nur ein Theil des Klaggrundes, nur die äußere Form des Testaments, richterlicher Prüfung unterliegt, nicht aber die übrigen Bedingungen einer gültigen Erbeinsetzung. Dem Rechtsmittel bleibt deßhalb immer ein eigenthümlicher Character, auch wenn wir die indirecte Rechtsvertheidigung, zumal insofern ihre thatsächliche Grundlage gleichfalls bescheinigt werden kann, und den Instanzenzug nicht dadurch beschränken, daß wir den devolutiven Rechtsmitteln den ihnen der Regel nach pari modo wesentlichen Suspensiveffect nehmen: Appellatione interposita sive ea recepta sit, sive non, medio tempore nihil novari oportet, und der Glossator fügt ausdrücklich bei: puta executio vel simile.

Die c. ult. cit. will, wenn ein contradictor auftritt, diesem den Besitz zu Gunsten des Testamentserben nicht alsdann nehmen, wenn Letzterer nur ein äußerlich fehlerfreies

Testament für sich hat, sondern der Richter soll Demjenigen von Beiden den Besitz zuweisen, beziehungsweise anerkennen, qui potiora ex legitimis modis jura ostenderit. Daß nur der Unterrichter die causae beider Parteien ventiliren soll, ist nirgends gesagt, also unter dem judex competens der in jeder Instanz zuständige Richter zu verstehen. Das frühere Rechtsmittel aus dem Edicte Hadrian's ist aufgehoben, ein neues durch die c. ult. cit. eingeführt, und da bei dessen Einführung keine Ausnahme von der Regel gemacht wird, daß Appellationen überhaupt und namentlich auch bei interd. acquirendae possessionis Suspensiveffect haben, so sind auch wir nicht ermächtigt, eine solche Ausnahme zu unterstellen.

Läßt sich hiernach aus dem Gesetz, welches das Remedium constituirt, keine Versagung des Suspensiveffects begründen, so wird dieselbe in anderen Gesetzen gesucht und hierfür angeführt:

fr. 7 Dig. de lib. dim. 49, 6 und

c. 6 Cod. quor. app. 7, 65.

Beide Gesetzstellen beziehen sich jedoch auf das Edict Hadrian's und sind somit durch dessen Aufhebung selbst aufgehoben. Hadrian hatte bei seinem Edict anerkannt nur den Vortheil seines Fiscus im Auge; die vicesima wurde erst nach der Einweisung des Testamentserben dem Fiscus bezahlt, und deßhalb sollte die Beschleunigung der Besitzeinsetzung erfolgen. An die allgemeine Bestimmung: Abstinendum prorsus ab appellatione sancimus, quoties fiscalis calculi satisfactio postulatur[8]) und ut ei quem constiterit esse publicum debitorem, appellationis beneficium denegatur[9]) schließen sich die beiden vor Aufhebung des Edicts Hadrian's entstandenen Gesetzstellen: das fr. 7 und die c. 6 cit. an. Fr. 7 erklärt sich selbst als Disposition Hadrian's und c. 6 ist nur eine Consequenz desselben und hat als Strafrecht ohnehin keine Anwendung bei uns. Mit

8) c. 4 C. 7, 66.

9) c. ult. eodem.

Abschaffung der vicesima und mit Aufhebung des Edicts Hadrian's selbst fiel auch die ratio legis für Versagung des Suspensiveffects der Appellation des Beklagten schon von selbst hinweg. Allein Justinian hob in der c. ult. cit. mit dem Edicte Hadrian's auch alle dessen Consequenzen ausdrücklich auf, er erkannte sie in den Decisivworten seines neuen Gesetzes ausdrücklich als antiquirt und obsolet an: Edicto etc. indiscretis narrationibus [10]) penitus quiescente, quia vicesima hereditatis ex nostra recessit republica, antiquatis nihilominus et aliis omnibus, quae circa repletionem vel interpretationem ejusdem edicti promulgata sunt. Mit dem Erscheinen des Contradictors tritt die Sache in das Ordinarium.

Auch das Oberappellationsgericht zu Kassel sprach sich dahin aus, daß Justinian in der c. ult. cit. Hadrian's Edict mit Allem, was bisher zur Ergänzung und Interpretation desselben verordnet war, aufgehoben und in der c. ult. dem Beneficium des scriptus heres auf missio in poss. eine neue Grundlage gegeben. [11])

Gibt hiernach schon die c. ult. cit. selbst keine Begründung für Versagung des Suspensiveffects, so sind wir bei der Verschiedenheit des römischen Processes von dem unsrigen um so

---

10) Nach der Uebersetzung unter Sintenis' Redaktion: „seine rücksichtslosen Bestimmungen."

11) Strippelmann, Entscheidungen, Bd. 6, Abth. 11, S. 112: Wollen wir auch von den beiden für sich durchschlagenden Gründen absehen, daß die c. ult. cit. das neue Gesetz ist, sein Widerspruch mit fr. 7 D. und c. 6 Cod. cit. sonach „zu der fortschreitenden Entwickelung des Processes gehört," sowie daß die das Edict Hadrian's aufhebende c. ult. cit. von Justinian herrührt, nur deren Bestimmung also den Vorzug hat, so löst sich außer diesen ebenso äußeren und allgemeinen Regeln der Widerspruch auch nach allen inneren Gründen der Auslegung dadurch, daß die älteren Stellen, welche auch bei dem remedium ex c. ult cit. keine Appellation mit Suspensiveffect zulassen wollen, daß jene älteren Stellen allgemeine Vorschriften enthalten, welche, wie alle diese Stellen, die Compilation wortgetreu nach ihrem Urtext aufnimmt, während das Gesetz Justinian's nur eine Ausnahme constituirt. v. Savigny, System, Bd. 1, S. 264 ff.

weniger berechtigt, eine solche Ausnahmsbestimmung in unserm Proceß anzuwenden. Die ins Materielle des Processes eingreifenden Bestimmungen des römischen Rechts, wie z. B. die Bestimmungen, welche Zeugen zu verwerfen seien ꝛc., werden wir anwenden müssen; allein nur mit der größten Vorsicht kann dies mit römischen Bestimmungen über den eigentlichen Proceßgang der Fall sein. Sind auch die Verschiedenheiten zwischen den Decreten des Prätors und den Urtheilen des Richters, sind die judicia ordinaria schon im späteren römischen Rechte verschwunden, so ist ihr Einfluß auf den römischen Proceß doch immer in soweit geblieben, um ihn unserm Verfahren entfrembeter zu gestalten.

Vorzugsweise ist dies bei den Appellationen der Fall. Schon die Glosse [12]) macht einfach darauf aufmerksam, daß die Regel sei: appellatio non potest interponi ab interlocutoria; gewiß eine große Verschiedenheit von unsern Principien über Appellation.

Ein wesentlicher Umstand besteht auch darin, daß die römischen Gesetzstellen, welche für Versagung des Suspensiveffects angeführt werden, sich nicht auf diese beschränken, sondern allgemein die Appellation verbieten [13]), bei uns aber dessen ohnerachtet der Devolutiveffect nicht bezweifelt wird, also, bei gleicher gesetzlicher Grundlage, der Suspensiveffect folgerechter Weise nicht beanstandet werden kann.

Das unserm Proceß so viel näher stehende canonische Recht, aus welchem, wenn die Sache nach römischem Rechte noch zweifelhaft sein könnte, dieser Zweifel gelöst werden müßte, begünstigt nicht nur in allgemeinen Vorschriften den Grundsatz pendente lite nil innovandum, und insbesondere den Suspensiveffect der Appellation, [14]) sondern erkennt sogar selbst bei der von ihm so sehr gepflegten Spolienklage den Suspensiveffect an. [15])

12) Unter andern zu c. 7 C. 7 66.

13) Non permittitur appellare: fr. 7 D. 49, 5.

14) Clem Lib. I. Tit. V. Clem. 2; Decret. P. II. causa 2. quaest. 6. §. 2.

15) Greg. Decr. lib. 2. tit. 10 in fine: „Mandamus quae post appellationem ipsius acta sunt, in irritum revocantes.“

Die Reichsgesetze [16]) sprechen sich so allgemein aus, daß sie (wenn wir nicht ex argumento die Bestimmung zu Gunsten des Besitzers beim rem. retin. poss. für den Suspensiveffect anführen wollen) für unsern Fall durch die Bestimmung, daß die Zulässigkeit des Suspensiveffects von der Vorschrift des gemeinen Rechts abhängen solle, die Sache wieder auf die Erörterung zurückführen, ob nach richtiger Auslegung der c. ult. cit. Justinian das Edict Hadrian's mit allen Consequenzen aufgehoben habe, also auch mit dem Verbote der Appellation; allein die Rechtsprechung des Reichskammergerichts hat die angeführten Reichsgesetze dahin ausgelegt, daß die Appellation bei dem remed. ex c. ult. cit. Suspensiveffect habe. [17])

Wenn diesem allem ohngeachtet die Zulässigkeit des Suspensiveffects noch beanstandet werden sollte, so würde jeder Härte in der Anwendung dadurch vorgebeugt werden können, daß, weil bei den Bestimmungen Hadrian's zur Erschwerung der Appellation derjenige Richter, welcher über die Annahme einer eingelegten Appellation entscheiden soll, der judex superior ist, [18]) dieser alsdann, wenn der Appellant ihm mit der Einführung sofort zugleich die Rechtfertigung der Appellation übergibt, [19]) mit der Entscheidung über die Annahme der Appellation zugleich die Entscheidung über das Materielle der Beschwerde verbindet.

---

16) Reichsabschied von 1594, §. 93 am Schlusse und Kammergerichtsordnung von 1555, Th 2, Tit. 37, §. 13.

17) Cramer, Ob. jur. univ. Tom. 2. P. 2. obs. 738.

18) Glosse a zu c. 6 Cod. 7, 65.

19) Im Großherzogthum Hessen zur Vereinfachung des Verfahrens durch Gesetz vom 20. August 1848 geboten.